

AS NOVAS TENDÊNCIAS DO DIREITO PENAL

NILSON VITAL NAVES*

*Ministro Presidente do Superior Tribunal de
Justiça e do Conselho da Justiça Federal*

Um dia, vão-se alguns anos, afirmou um dos nossos maiores e saudosos penalistas, Roberto Lyra – o representante do Ministério Público na Comissão revisora do projeto Alcântara Machado, da qual participaram os também inesquecíveis, decerto não menos prestigiosos penalistas Vieira Braga, Nélson Hungria e Narcélio de Queirós (magistrados), dedicadíssimos revisores, todos eles, do projeto que se converteria no Código Penal de 1940 -, que o Direito Penal é o primeiro amor dos estudantes do curso de direito.

E foi o meu, tanto que, concluindo o bacharelado, não deixei a Faculdade; ali mesmo retomei, no curso de pós-graduação, os estudos penais e até que, revendo hoje os conceitos que me foram conferidos, não fiz feio, nem mesmo por não ter recebido o grau de doutor, exatamente pela falta de apresentação da tese. Também pudera, tendo que ganhar a vida, como se me houvesse posto de acordo comigo mesmo, vi-me obrigado a me preparar para outros bons combates, e essas correntes de sobrevivência me fizeram mergulhar em outro campo, que, de igual forma, me trouxe não só satisfação intelectual, mas também realização profissional.

Gostaria muito de que o tivesse sido, mas o Penal não foi a minha única dedicação intelectual e profissional. Contingências da vida! E não são elas porventura que nos levam à diversidade? Vejam que, aqui mesmo, no Superior, acabei dedicando-me quase inteiramente às coisas do Direito Privado. Há aqueles mais afortunados para quem o Penal, já o primeiro, tornou-se o único amor.



<http://bdjur.stj.gov.br>

*Ministro do Superior Tribunal de Justiça, a partir da Constituição de 1988. Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal, 3/4/2002 a 5/4/2004. Palavras proferidas no Seminário realizado no auditório do Superior Tribunal de Justiça, em 8 de maio de 2003.

Nesses atuais meandros de mudança, que projetam as expectativas e propostas da sociedade brasileira dos novos tempos, pego-me a lembrar que, no início dos anos setenta, perdido no interior de São Paulo, numa pequena comarca onde exercia a promotoria pública, dispus-me, em noites que não terminavam nunca, a me dedicar a novas tendências, revendo então, naquele momento, os diversos conceitos de ação, como o naturalista, de von Uszt, o normativo, de Binding, o sintomático, de Tesar e Kollmann, chegando ao finalismo de Welzel - nem tudo aquilo que é objetivo achava-se na antijuridicidade e nem tudo aquilo que é subjetivo encontrava-se na culpabilidade. Veja quanta ousadia de um pobre marquês, aventurando-se em terreno tão difícil, mas fora a leitura tão saborosa e tão recomendada, no início daquela década, da "Conduta Punível", de Fragoso, que havia de me levar a tal aventura, na qual talvez não me tenha saído bem. Valeu, porém, a pena, e sempre vale a pena se a alma, na sempre lembrada passagem de Fernando Pessoa, não é pequena. Sim, porque as pegadas desse percurso ficaram gravadas na minha alma de forma indestrutível.

Que os princípios básicos do finalismo (*Toda ação humana é essencialmente finalista, é dirigida a um fim*, eis Assis Toledo recordando Welzel) passaram a nos disciplinar essencialmente quando sancionada a Lei nº 7.209, de 1984, que alterou a Parte Geral do Código Penal, dúvida não há; bastante que se confirmam, por exemplo, estas duas passagens da Exposição de Abi-Ackel, de 1983: I) "É, todavia, no tratamento do erro que o princípio *nullum crimen sine culpa* vai aflorar em todo o vigor no Direito legislado brasileiro..." e II) "O princípio da culpabilidade estende-se, assim, a todo o projeto..."

Não tenho queixas do Direito Privado, em cuja Seção, no Superior, atuei entre a instalação do Tribunal e a minha posse na vice-presidência, contudo ando pensando, para um futuro breve, em desembarcar, com mala, cuia e alfarrábios, no Direito Penal. Se velhos



são os livros, ciência boa e inesquecível não lhes falta; falta-lhes, sim, algum temperamento, alguma modernidade, alguma flexibilização. Não seria uma questão de lucidez, bom senso e visão crítica entender, por exemplo, que mais vale o Penal preventivo que o Penal repressivo, e, perdoem-me, que o endurecimento das penas, por si só, não constitui fator de inibição da criminalidade? Se o constituísse, a pena de morte e, quem sabe, a perpétua acabariam com a criminalidade de uma vez por todas, mas isso nunca aconteceu em lugar nenhum do universo.

O que se impõe, nesse campo, antes de mais nada, e urgentemente, é aperfeiçoar e profissionalizar quem cuida da segurança pública - da vigilância, da prevenção e da manutenção da ordem. O que se requer é preocupação maior com o crime grande ou o grande crime, aquele que se organizou melhor que o Estado, aquele que deu quatro passos enquanto nós talvez tenhamos dado apenas um.

Na verdade, há entre nós apressada mania e o mal conceito de querermos tudo solucionar, valendo-nos, a qualquer momento e em qualquer circunstância, da constitucionalização de normas, como se normas ordinárias nada resolvessem, e da criminalização, aí incluído o denominado endurecimento das penas. São dois fenômenos que, se não resolvem os problemas, contribuem, isto sim, para agravá-los, por inúmeras razões, de todos conhecidas. Ao que julgo, portanto, o momento, nesse sentido, anda requerendo um maior emprego do prefixo *des* - desconstitucionalizar e descriminalizar -, e aqui abro parêntese para algumas observações.

Ora, não é nova, na esfera do Judiciário, a promoção de discussões na busca de melhores meios para o combate ao crime. É de se louvar a oportuna iniciativa do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal de ter procedido à pesquisa "Uma análise crítica da lei dos crimes de *lavagem* de dinheiro". O resultado foi a instalação de uma Comissão composta de representantes dos Poderes Executivo e Judiciário



e da sociedade civil organizada, por meio de cujo trabalho vieram a público propostas viáveis para a remoção dos obstáculos à investigação, à apuração e à efetiva punição desse crime. É a inquietação com o crime grande, aquele que se denomina organizado. Se há inquietude no próprio Judiciário, também existe a convicção de que somente a cooperação entre os diversos órgãos públicos e privados possibilitará a identificação e punição dos criminosos que tentam dar ares de licitude a capital espúrio. Iniciativa do próprio Judiciário, a Comissão muito produziu, e as suas conclusões correm Brasil afora, acolhidas aqui, ali e acolá, de tal forma que a Justiça Federal já se prepara para ter vara especializada no assunto.

Bom exemplo, igualmente, é o acordo tecno institucional celebrado entre o Superior, o Conselho da Justiça Federal, os Tribunais Regionais e respectivas Seções fudiciárias e o Ministério da Justiça, por intermédio do Departamento de Polícia Federal, que criou instrumentos mais eficazes para a prevenção e repressão da criminalidade organizada. Os magistrados federais e os ministros do Superior vão contar com um moderno sistema de informação *on-line* sobre os crimes praticados aqui e no exterior. Esse amplo intercâmbio de dados vai permitir, por um lado o acesso dos magistrados às informações policiais sobre os suspeitos e, por outro lado, o acesso da Polícia Federal aos processos judiciais. Já levei a proposta aos Tribunais de Justiça no intuito de integrá-los à rede de dados.

Além disso, o Superior apresentou a proposta ao projeto de reforma do judiciário em que sugere a criação do juizado de instrução. Sob sua competência ficariam os crimes cometidos com alto grau de sofisticação - os de *lavagem* de dinheiro e aqueles contra a ordem tributária e contra o sistema financeiro nacional, entre outros.

É evidente que a violência por todos vivenciada, agravada pelo que se denominou crime organizado, está suscitando questionamentos de



todos os segmentos da sociedade, tanto em relação à prevenção quanto no que se refere à aplicação das leis.

Querem pior violência do que aquela em que ultimamente está imersa a cidade do Rio de Janeiro? É de hoje? Não, não é de hoje; as suas causas são de ontem, de anteontem, de muito tempo. A situação é que é angustiante e crucial. Urge que medidas que ali não foram adotadas, conquanto já devessem ter sido, o sejam de pronto.

No meu entender, ao invés de atirar pedras, não é melhor nos darmos as mãos, todos, indistintamente? É uma imposição do dever ético. De tudo, o que não é aconselhável é responsabilizar o Judiciário pelas mazelas, pois, conforme a sua missão constitucional, tarefa outra o Judiciário não desfruta senão, e principalmente, a de cumprir e fazer cumprir as leis para o bem do Estado democrático de Direito.

Sobre os limites da liberdade de expressão, em recente publicação, o tema foi muito bem focado pelo jornalista Luís Nassif ao falar-nos, ali, do incitamento provocado pela mídia antes do processo judiciário. Não se nega à imprensa a atividade investigativa; cumpre, no entanto, ter cuidado com o sensacionalismo e o denunciismo: a corrida contra o relógio, a pressa em ser a primeira a divulgar a notícia. Existe aí a possibilidade de descuidos, da divulgação de inverdades, até de informações erradas passadas ao jornalista com o intuito de prejudicar a pessoa investigada - informações que o investigador, na afoiteza de levá-las ao público, não teve tempo para confirmar.

A responsabilidade do jornalista não pode ser sacrificada em favor da corrida pelo *furo*. Aliás, informações recebidas não podem deixar de ser verificadas e, se não forem confirmadas por outra fonte independente da primeira, devem ser postas de lado. Azado o momento para que convoquemos atenta leitura do capítulo sobre os direitos da personalidade, constante do novo Código Civil.



Vivemos, no Brasil e fora dele, um momento de escolha entre discursos, nos campos penal e criminológico. Talvez mais em tempos de ontem e de hoje do que em tempos mais passados, o certo é que o instituto da prisão nunca deixou de ser alvo de série infindável de comentários, estudos e críticas, envolvendo especialistas das diversas áreas do conhecimento humano, sem falar, é claro, dos curiosos e das apreciações sensacionalistas.

Afinal, a prisão é necessária? Para o professor e pesquisador francês Loic Wacquant, a prisão é uma instituição fora-da-lei; em resumo, segundo o autor de *Prisons de la misere*, o Estado econômico está desaparecendo, diminuindo o Estado social, com reforço e glorificação do Estado penal. Ora, lembrem-se, a Idade Contemporânea foi inaugurada com a queda duma prisão, quando o povo, nas ruas da velha Paris, clamava por liberdade, igualdade e fraternidade.

O nosso eterno Evandro Uns, em suas imortais palavras, recordando o eterno Alighieri, revivia o *Canto III do Inferno d'A Divina Comédia*: "Deixai toda esperança, ó vós que entraís." O argentino Zaffaroni, no seu *Em busca das penas perdidas - a perda de legitimidade do sistema penal*, defendendo a necessidade de uma resposta à deslegitimação, propugna, em inalteráveis páginas, por um Direito Penal humanitário. Estamos, reitero, premidos pelo viés da tensão entre o discurso penal e o criminológico.

O que fazer, então, sem que o Estado deixe de exercer a sua obrigação de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio? Sei que essa e outras tantas perguntas, algumas que eu próprio aqui acabei lançando, terão, se não pronta e acabada resposta, bons estudos e profunda meditação de parte de tantos quantos acudiram a este seminário, cujos trabalhos estou abrindo para honra e gáudio do Superior Tribunal e do Conselho da Justiça Federal, para satisfação tanto minha quanto do Ministro César Rocha, desejando a todos, a propósito da



alta missão que ora se lhes incumbe, efusivos votos de que encontrem, ao abrigo do saber já acumulado, caminhos de conciliação das novas tendências do Direito Penal.

